



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-025-2022

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 16 de marzo de 2023, 11:40.

Comisionado sustanciador: Carl Pfistermeister.

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2023-008, de 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Edison René Toro Calderón;*
- *Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
- *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui.(...)*

- [2] La Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo 2.- Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022”.

- [3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 7 de marzo de 2023, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria Ad-hoc de la CRPI.
- [4] El Informe de Resultados de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante INICAPMAPR), datado el 15 de marzo de 2022.
- [5] El Informe Final de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante INICAPMAPR), datado el 6 de septiembre de 2022.
- [6] La Resolución de 13 de marzo de 2023, emitida por la CRPI a las 16:15.

CONSIDERANDO

- [7] Los siguientes pasajes del Informe de Resultados:



[239] *Para este mercado, este órgano de investigación considera que aquellos costos relacionados con publicidad generan un alto impacto sobre el posicionamiento de una marca. Este hecho puede ser evidenciado en los altos gastos que registran los operadores económicos involucrados en la investigación (...)*

[244] *Con los elementos cuantitativos y de legislación comparada, se puede determinar que la publicidad en el presente caso tiene un peso significativo sobre las posibilidades de ejercer estrategias comerciales y presiones competitivas, e incluso puede influenciar de manera importante la decisión de entrada de un posible competidor, tomando en cuenta que su implementación implica la generación de costos hundidos.*

[8] Los siguientes pasajes del Informe Final:

[180] *De la misma forma, los costos hundidos endógenos se asocian, principalmente, con los gastos en publicidad e investigación y desarrollo. Estos gastos tienen la capacidad de incrementar el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por las unidades que adquieren, y también la capacidad de aumentar los costos fijos de las empresas y, por ende, la escala óptima de producción.¹*

(...)

[188] *Con los elementos cuantitativos y de legislación comparada, se puede determinar que la publicidad en el presente caso tiene un peso significativo sobre las posibilidades de ejercer estrategias comerciales y presiones competitivas, e incluso puede influenciar de manera importante la decisión de entrada de un posible competidor, tomando en cuenta que su implementación implica la generación de costos hundidos.*

[9] Los siguientes pasajes de la Resolución de 13 de marzo de 2023:

[602] *A nivel industrial, la cadena de producción de la cerveza se compone de los eslabones de producción o importación, distribución al por mayor y al por menor, y, comercio al consumo final de la cerveza industrial. De acuerdo con lo señalado, los operadores económicos involucrados participan en los dos primeros segmentos de esta cadena.*

(...)

[741] *Para esta Comisión, en el contexto de este expediente, los gastos en publicidad no representan un costo hundido significativo, a diferencia del aspecto posicionamiento de marca. Éste ha estado vigente por décadas, por lo que su superación no es razonable en el corto plazo.*

(...)

¹ Bruno, N. (2019). Costos hundidos endógenos y competencia: aplicación al caso de telefonía local en EE.UU. *Ensayos de Política Económica*, 3(1), 37-57. <https://bit.ly/3sphfQf>. Consultado: [14-12-2021]. Pp. 10.



[749] *Esta autoridad coincide con los denunciados en que el mercado de producto se encuentre partido por segmentos de categorías de cerveza.*

(...)

[779] *La INICAPMAPR ha señalado que la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de **colchones**, al por mayor y menor, es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad. Por su parte la CRPI determina que las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso, además de otras características como las preferencias intertemporales de los consumidores de cerveza ecuatorianos. (énfasis por fuera del texto original)*

1.1.1 Del poder de mercado para este caso

[780] *De acuerdo con los elementos aportados por la Intendencia, se considera para el análisis de poder de mercado a los siguientes argumentos:*

[781] *El mercado definido es un mercado muy maduro.*

[782] *De acuerdo con la evolución histórica de las cuotas de mercado, este es un mercado muy poco disputable.*

[783] *Se tiene en cuenta que las preferencias de los consumidores ecuatorianos de cerveza pudieran ser consideradas como muy rígidas.*

[784] *Pese a que la capacidad ociosa de CN (que oscila en 30 % de su capacidad total de producción) no es cercana a cero, logra atender en promedio al 93 % del mercado, este hecho da cuenta de que un potencial entrante podría esperar que su aparición en el mercado pudiera generar una disminución de los precios de los productos de los denunciados.*

[785] *Las cuotas de mercado de los denunciados son estables y se encuentran por sobre el 90 % de mercado en todos los años analizados.*

[786] *Existe prácticamente un único canal de distribución de cervezas a nivel nacional.*

[787] *Se ha indicado la presencia de barreras de mercado, como una clientela que durante décadas ha conocido –prácticamente– a un único oferente de cervezas, esto repercute en que sus preferencias se han mantenido estáticas a lo largo del tiempo.*

[788] *El mercado definido es un duopolio, cuyas cuotas distan de la mejor situación posible en un mercado de estas características, operadores independientes cada uno con 50 % de participación.*

[789] *Los precios y cantidades determinados para la demanda de los denunciados, dada su escala, son los mismos para el mercado.*



[790] *De acuerdo con los señalamientos precedentes, esta CRPI determina que en este expediente, los operadores económicos denunciados ostentan una posición dominante.*

(...)

[819] *Esta situación resulta especialmente importante ya que esta Comisión, al revisar el informe Final de la Intendencia no encuentra un análisis propio y específico respecto del por qué no estarían justificadas las cláusulas contractuales y en particular de la cláusula de exclusividad señalada por la Intendencia como anticompetitiva.*

(...)

[835] *De la revisión del Informe de Resultados y del Informe Final se desprende la ausencia de un señalamiento por parte de la Intendencia a las razones por las que el órgano de investigación considera que la sugerencia o fijación de precios de reventa sean injustificadas, en atención a las características económicas y legales del caso en resolución.*

(...)

[843] *En adición, esta Comisión resalta que, en relación con conductas de fijación de precios de reventa, es imposible plantearse una teoría del daño sin conocer aspectos nucleares como los precios y los productos involucrados en la conducta, análisis que tampoco ha tenido lugar en el presente caso.*

(...)

[871] *En el presente caso es posible evidenciar que las conductas analizadas no se ajustan perfectamente a los tipos específicos contenidos en los numerales 10 y 11 de la LORCPM, por lo que, el incumplimiento de dicha condición imposibilita su sanción según una conducta de tipo abierto.*

(...)

[878] *Esta Comisión encuentra infundada tal afirmación, y dado que ha descartado la configuración de las conductas 9.11, 9.19 y 9.20, de la LORCPM, siguiendo el razonamiento de la Intendencia, descarta la configuración de los tipos 9.1, 9.15 y 9.22 de la LORCPM.*

(...)

[880] *Esta Comisión encuentra infundada tal afirmación, y dado que ha descartado la configuración de las conductas 9.11, 9.19 y 9.20, de la LORCPM, siguiendo el razonamiento de la Intendencia, descarta la configuración de los tipos 9.3 y 9.15 de la LORCPM.*

[10] El artículo 133 del Código Orgánico Administrativo:



Artículo 133.- Aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. Los órganos administrativos no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero sí aclarar algún concepto dudoso u oscuro y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo.

Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del acto administrativo, la persona interesada puede solicitar, al órgano competente, las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días.

Asimismo, el órgano competente puede, de oficio, realizar las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones en el plazo de tres días subsiguientes a la expedición de cualquier acto administrativo.

La solicitud de aclaración, rectificación o subsanación del acto administrativo, no interrumpe la tramitación del procedimiento, ni los plazos para la interposición de los recursos que procedan contra la resolución de que se trate.

No cabe recurso alguno contra el acto de aclaración, rectificación o subsanación a que se refiere este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra el acto administrativo.

ANÁLISIS

- [11] La CRPI ha detectado un error material involuntario en el párrafo 779 de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15. En ese párrafo se hace referencia al producto colchones, elemento ajeno al expediente SCPM-CRPI-025-2022, cuando debía referirse al producto cervezas.
- [12] La línea de análisis tanto de la Intendencia como de la CRPI ha girado siempre en torno al producto cervezas en el expediente SCPM-CRPI-025-2022.
- [13] Si embargo del incurrimiento de ese yerro, la CRPI manifiesta que el mismo no tiene incidencia en el análisis de fondo de la Resolución en mención, porque para esta Comisión los costos hundidos relativos a gastos en publicidad fueron descartados explícitamente en su ejercicio de definición del mercado relevante, e implícitamente en la determinación de poder de mercado, tal como se aprecia en los párrafos citados *ut supra*.
- [14] Por tanto, esta Comisión, en aplicación del artículo 133 del COA, procederá con la aclaración del párrafo 779, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15.
- [15] En adición, la CRPI ha detectado un error material involuntario en el párrafo 749 de la resolución, en él se quiso expresar que: Esta autoridad coincide con los denunciados en que el mercado de producto **no** se encuentra partido por segmentos de categorías de cerveza.



- [16] En consecuencia, esta Comisión, en aplicación del artículo 133 del COA, procederá con la rectificación del párrafo 749, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15.
- [17] Ahora bien, en su resolución de 13 de marzo de 2023, respecto de constatación de esta autoridad de la falta de análisis del carácter injustificado de la cláusulas de exclusividad y de sugerencia o fijación de precios de reventa de los contratos de franquicia “Bodega Pilsener” por parte de la INICAPAMAPR en los respectivos Informes de Resultados y Final², esta Comisión aclara y resalta su imposibilidad de realizar dicho análisis por cuenta propia, en primer lugar, por la falta de los elementos de información necesarios para realizar dicho ejercicio; y en segundo lugar, por que en el caso de que esta autoridad hubiere realizado dicho análisis de justificación por cuenta propia habría imposibilitado a los operadores económicos denunciados ejercer adecuadamente su derecho a la defensa en el momento procesal oportuno.
- [18] Por otra parte, la CRPI considera adecuado realizar una aclaración con relación al párrafo 843, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15.
- [19] En relación al numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM, esto es la fijación injustificada de precios de reventa, esta Comisión manifestó la imposibilidad del planteamiento de una teoría del daño en el caso concreto ya que en el expediente faltan elementos esencial para la realización de su análisis como es la determinación de precios, así como productos involucrados en la conducta.
- [20] Sin embargo, esta Comisión resalta además que al no existir por parte de la Intendencia un análisis del carácter injustificado de la fijación de precios de reventa, también imposibilita desarrollar una adecuada teoría del daño en el caso concreto.
- [21] En alusión al párrafo 871, esta CRPI estima oportuno aclarar en relación con la adecuación imperfecta de los hechos (cláusulas de exclusividad y fijación de precios) investigados en las conductas establecidas en los numerales 10 y 11 del artículo 9 de la LORCPM.
- [22] Al respecto, los hechos investigados por la Intendencia en la etapa de investigación relativo a la fijación de cláusulas de exclusividad, y fijación de precios de reventa se ajustan espontánea y perfectamente a los tipos siguientes, respectivamente:

19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

20.- La fijación injustificada de precios de reventa.

- [23] Mientras que esos mismos hechos no tienen un emparejamiento claro y directo con los tipos contenidos en los numerales 10 y 11 del artículo 9 de la LORCPM:

10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.

² En relación al análisis constante en los párrafos 819 y 935 de la Resolución de 13 de marzo de 2023.



11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.

- [24] Respecto del numeral 10 del artículo 9, la Intendencia interpretó que las conductas objeto de análisis se ajusta a este tipo jurídico en virtud de la cláusulas de exclusividad y de fijación de precios de reventa, conclusión que a criterio de esta autoridad es impreciso por cuanto ambas cláusulas contractuales analizadas tienen en la Ley un tipo específico aplicable que fue objeto de un análisis preponderante por parte de la Intendencia; lo que implica que, previo a la configuración de los hechos en la conducta tipificada en el numeral 10 resulta ineludible adecuarse perfectamente el tipo específico contenido en los numerales 19 y 20 del artículo 9 la LORCPM, en particular respecto del análisis de su justificación.
- [25] En adición, con relación al numeral 11 del artículo 9, lo indicado cobra incluso más relevancia ya que la tipificación de dicho numeral exige necesariamente la existencia de un análisis del carácter injustificado de las condiciones contractuales, que cómo ha sido señalado en la resolución de 13 de marzo de 2023 no tuvo lugar por parte de la Intendencia.
- [26] En otro orden de ideas, la CRPI considera adecuado realizar una aclaración en relación con los párrafos 878 y 880, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15.
- [27] Al respecto, la CRPI puntualiza que las razones para concluir que no es posible la aplicación de los numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM en el caso concreto es debido, en primer lugar, a que la aplicación de cláusulas de tipo general o abiertas deben ser aplicables residualmente para aquellos casos en lo que los hechos estudiados no pueden subsumirse o adecuarse a las conductas específicas o cerradas.
- [28] En segundo lugar, y sin perjuicio de lo indicado, esta Comisión resalta que en el caso concreto la Intendencia en su Informe Final considera la infracción de dichos numerales como una consecuencia de la infracción tipo contenida en los numerales 19 y 20 del artículo 9 de la Ley, sin que exista un análisis individualizado de como los hechos objeto de análisis se subsumen perfectamente e individualmente en cada uno de esos numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9.

En mérito de lo expuesto, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia:

RESUELVE

PRIMERO.- ACLARAR Y RECTIFICAR que por un error material involuntario se escribió en la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15:

*[779]La INICAPMAPR ha señalado que la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de **colchones**, al por mayor y menor, es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad. Por su parte la CRPI determina que las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso, además de otras características como las preferencias intertemporales de los consumidores de cerveza ecuatorianos. (énfasis por fuera del texto original)*



En lugar de:

[779]La INICAPMAPR ha señalado que la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de **cervezas**, al por mayor y menor, es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad. Por su parte la CRPI determina que las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso, además de otras características como las preferencias intertemporales de los consumidores de cerveza ecuatorianos.

SEGUNDO.- RECTIFICAR un error material involuntario en el párrafo 749, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15, de la siguiente manera:

[749]Esta autoridad coincide con los denunciados en que el mercado de producto **no** se encuentre partido por segmentos de categorías de cerveza.

TERCERO.- ACLARAR la resolución de 13 de marzo de 2023 de conformidad con la parte que motiva la presente resolución.

CUARTO.-NOTIFICAR la presente providencia a los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., DINADEC S.A. y HEINEKEN ECUADOR S.A., así como a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Carl Pfistermeister Mora
Comisionado

Pablo Carrasco Torrontegui
Comisionado

Édison Toro Calderón
Presidente